



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.903 - SC (2016/0021696-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : IVAN CARLOS LOPES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. APENADO REINCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "B", DO CÓDIGO PENAL. IRRELEVÂNCIA DO POTENCIAL OFENSIVO DO DELITO PRETÉRITO CUJA CONDENAÇÃO TRANSITOU EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado. Desse modo, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação.

A magnitude do potencial ofensivo do crime pretérito cuja condenação transitou em julgado revela-se irrelevante para a aferição dos efeitos da reincidência, que somente não se opera se ultrapassado o quinquênio a que alude o inciso I do art. 64 do Código Penal, ou se a condenação anterior for por crime militar ou político próprio (inciso II do mesmo dispositivo), o que não ocorre na espécie.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.903 - SC (2016/0021696-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : IVAN CARLOS LOPES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de IVAN CARLOS LOPES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 2015.043448-9).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/06, c/c o art. 61, incisos I e II, do Código Penal (tráfico ilícito de entorpecentes) às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, desprovida pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA - ALMEJADA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA - INVIABILIDADE - ACUSADO REINCIDENTE CONDENADO A 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO - MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO - RECURSO DESPROVIDO. (fls. 239)

No presente *writ*, a impetrante alega que o regime inicial de cumprimento de pena deve ser abrandado. Argumenta que a condenação anterior do paciente, ensejadora da reincidência determinante para a fixação do regime, foi à pena de 1 mês de detenção pela prática de lesão corporal leve. Assevera ser desproporcional que apenamento por conduta de potencial ofensivo ínfimo contribua para a imposição de regime fechado no presente caso.

Pugna, assim, pela alteração do regime inicial de cumprimento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a modalidade semiaberta.

Liminar indeferida às fls. 250/251.

Informações prestadas às fls. 262/295.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 300/303, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.903 - SC (2016/0021696-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

A pretensão da impetrante restringe-se ao abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, fixado na modalidade semiaberto. São estes os fundamentos da sentença condenatória, no pertinente:

[...] IV. Regime de cumprimento de pena

Por se tratar o delito de tráfico de drogas de crime equiparado a hediondo, o regime de cumprimento de pena é o fechado, nos termos do art. 2º, caput, e § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Pontue-se que a fixação do regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena relativa aos crimes hediondos e a ele equiparados de forma alguma viola o direito fundamental à individualização da pena. Pelo contrário, o tratamento mais rigoroso dado pelo legislador ordinário vem ao encontro e dá concretude às disposições insertas na Lei Fundamental.

Com efeito, a individualização da pena não é norma constitucional da espécie a princípio voltada unicamente ao Poder Judiciário e aos aplicadores da lei, porquanto o próprio art. 5º, inc. XLVI, da CRFB é expresso ao prever que "a lei regulará a individualização da pena".

Como bem coloca a doutrina:

A individualização da pena ocorre em três momentos distintos: a) a individualização legislativa – processo por meio do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação de pena; b) individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente; c) individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva. 7. ed, 2012. p. 267) Isto é, é dever constitucional do legislador proceder, num primeiro momento, e antes da atuação do Poder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciário no caso concreto, seja em sede de sentença de mérito ou de execução de pena, a individualização da pena e de sua execução, na via abstrata. Para tanto, pode-se entender, sempre dentro do seu poder constitucional de conformação dos direitos fundamentais, que de terminada conduta merece um tratamento penal mais rígido, justamente em virtude dela lesar mais gravemente certos e determinados bens jurídicos.

Veja-se, aliás, que é a própria Carta Magna quem reconhece o maior grau de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma penal nos casos envolvendo a prática de crimes hediondos e a eles equiparados, consoante se extrai da disposição inserta no seu art. 5º, inc. XLIII.

No mais, não há qualquer norma constitucional proibitiva da fixação de regime de cumprimento mais severo a crimes cuja pena fixada em abstrato esteja abaixo de 8 (oito) anos.

Portanto, mostra-se incensurável a opção legislativa levada a efeito pelo Congresso Nacional, a qual não pode ser taxada de inconstitucional, porquanto, longe de violar o direito fundamental à individualização da pena, lhe dá sustentáculo.

Registre-se, ao cabo, que o entendimento manifestado por maioria pelo plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus n. 111.840 não possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, uma vez que a decisão se deu incidentalmente e na via do controle difuso, não havendo, ainda, que se cogitar da existência de suspensão da execução da referida norma pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. X, da CRFB. (fls. 145/147)

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva, assinalando, no que interessa:

Por derradeiro, aplicou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

No ponto, muito embora assista razão à defesa na alegação de que a aplicação do regime fechado não pode se dar exclusivamente com alicerce no referido dispositivo legal, inviável dar guarida ao pleito fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda.

Isso porque, conforme bem reconhecido em sentença, o acusado é reincidente, vez que fora definitivamente condenado à pena de um mês de detenção pela prática do crime previsto no art. 129 do CP, com trânsito em julgado em 24-01-2014 (fls. 27/28).

O fato de o delito que gerou a reincidência ser de menor potencial ofensivo não é suficiente para desconsiderar a agravante para fins de fixação de regime.

Destaque-se que não incide a súmula nº 269 do STJ na hipótese, pois a pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Ademais, não há qualquer afronta à súmula 719 do STF no caso concreto, visto que o regime fechado está sendo mantido em razão da reincidência do apelante e não do quantum de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em assim sendo, diante do montante de pena aplicado e da reincidência do réu, mantém-se o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda. (fls. 294/295)

Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado.

Desse modo, acumulam-se julgados nesta Corte Superior no sentido de que, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉ REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28, caput, da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização.

3. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (5 anos e 10 meses), tendo em vista a reincidência da paciente, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.

4. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. Habeas corpus não conhecido (HC 339.592/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/4/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Diante da fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias para a condenação do paciente por tráfico de drogas, a pretensão de desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06 demandaria a incursão aprofundada em todo o conjunto fático-probatório dos autos, vedado na via eleita.

- A questão referente ao regime prisional não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sendo inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, **o regime fechado foi fixado pelo Juiz de primeiro grau de acordo com a expressa previsão legal, tendo em vista o quantum de pena (superior a 4 anos) e a reincidência do paciente (art. 33, § 2º, "b", do Código Penal).**

Habeas corpus não conhecido (HC 344.187/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.434/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL ANTE O PATAMAR DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO, NA SENTENÇA, COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME E NA REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DA HEDIONDEZ AFASTADA. REINCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- *"A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido"* (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

- *Por decorrer de expressa previsão legal, não há que se falar em bis in idem pelo uso da reincidência para agravar a pena e impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006.*

- *É de ser mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, ante a reincidência do paciente e, como bem ressaltado pelo acórdão recorrido, pela quantidade da droga apreendida, fundamentação que se encontra em consonância aos julgados desta Corte Superior de Justiça.*

- *Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.*

- **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.**

- **Por outro lado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, inexiste coação ilegal na fixação do regime fechado a acusado reincidente que, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, teve sua sanção corporal definitiva estabelecida em 5 anos de reclusão.**

- *Habeas corpus não conhecido* (HC 306.873/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/3/2016)

A impetrante argumenta, ainda, que a branda condenação pretérita do paciente, de um mês de detenção pela prática de lesão corporal leve, não teria o condão de configurar reincidência apta a autorizar a fixação do regime mais gravoso no presente caso.

Todavia, a magnitude do potencial ofensivo do crime pretérito, cuja condenação transitou em julgado, revela-se irrelevante para a aferição dos efeitos da reincidência, que somente não se opera se ultrapassado o quinquênio a que alude o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso I do art. 64 do Código Penal, ou se a condenação anterior for por crime militar ou político próprio (inciso II do mesmo dispositivo), o que não ocorre na espécie.

Ante o exposto, por não vislumbrar flagrante ilegalidade, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0021696-5

HC 347.903 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005343020158240080 082015000419668 20150434489 5343020158240080
82015000419668

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: IVAN CARLOS LOPES DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.